

24 de febrero de 2023

SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR... Y DE LOS SÍNDICOS

¿Directores y síndicos responden por igual?

En 2018, ante un tribunal de Bolonia, Italia, se presentó el síndico de la quiebra de TEC SpA para demandar a su director único y a los sucesivos integrantes de su Comisión Fiscalizadora (creada recién en 2010), con el argumento de que habían sido los responsables de su quiebra, ocurrida en septiembre de 2012. El reclamo fue de apenas doce millones de euros, luego reducido a un millón¹.

¿Cómo se llegó a una situación semejante?
¿Y qué dijeron los jueces? Hay una tercera pregunta (¿por qué es importante esta sentencia en la Argentina?) a la que responderemos al final.

Según el síndico de la quiebra, las investigaciones de las autoridades fiscales y aduaneras verificaron que, entre 2010 y la fecha de la quiebra, TEC registró en sus libros “un aumento exorbitante de su facturación, generado no por la incorporación de nuevos clientes y pedidos, sino por una multiplicidad de operaciones de compra y venta llevadas a cabo de modo fraudulento y ficticio, con sociedades inexistentes o complacien-

tes, vinculadas con uno de sus accionistas” (un tal Luigi Predieri que, a la fecha de la quiebra tenía el 75% de las acciones de TEC).

¿Para qué esas operaciones ficticias? Para poder acceder al crédito bancario mediante el descuento de facturas (que, como dijimos, correspondían a *operaciones objetiva y subjetivamente inexistentes*) y además para sustraer “ingentes recursos financieros calculados en más de € 12.778.121,00, a favor de sociedades vinculadas con Predieri”.

La responsabilidad de los funcionarios denunciados, según el síndico, estaba basada en el estándar de diligencia que se exige a los administradores de sociedades: “[éstos] deben cumplir los deberes que les son impuestos por la ley y el estatuto con la Diligencia exigida por la naturaleza de su cargo y sus competencias específicas”. De allí que sean “solidariamente responsables hacia la sociedad de los daños derivados de la inobservancia de tales deberes...”.

Según el síndico, el director y los miembros de la comisión fiscalizadora “permanecieron absolutamente inertes frente a la anómala gestión societaria descripta, lo que provocó el desequilibrio económico-financiero de la sociedad y graves daños tanto a ella misma como a la masa de sus acreedores”.

¹ In re “Fallimento TEC SpA c. Benedetti”, Trib. Ord. Bolonia, Sección Civil IV Especializada en Temas Empresarios, sent. 2915/2021, pub. 2 diciembre 2021; R.G. 7367/2018; *Giurisprudenze delle Imprese* 12/2023, 20 febrero 2023.

Los demandados respondieron por separado. Argumentaron todo tipo de defensas: desde la vaguedad de la demanda, la incompetencia del tribunal y la prescripción pasando, por supuesto, por la declaración de su absoluta inocencia y la exigencia de someter el asunto a arbitraje. Alguno exigió que, si se lo declaraba responsable, sólo se lo obligara a pagar los daños que se le podían atribuir a título personal.

Todas esas defensas fueron rechazadas. Además, el Tribunal estableció que el plazo para computar el plazo de prescripción comenzó a correr “desde el momento que la insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los créditos [de terceros] resultó objetivamente conocida fuera de la sociedad”.

Por eso, “la demanda puede ser planteada por los acreedores cuando el patrimonio social resulta insuficiente para satisfacer esos créditos, lo que ocurre toda vez que la sociedad presenta un activo que, frente a su pasivo, no permite la satisfacción integral de aquéllos o cuando el activo se revela de modo objetivamente perceptible como inidóneo para satisfacer a los acreedores”.

Por consiguiente, el Tribunal entendió que el cómputo de la prescripción de la acción del síndico debía hacerse desde que TEC fuera declarada en quiebra.

“Por otra parte”, agregó el Tribunal, “la incapacidad patrimonial de la sociedad para satisfacer a sus acreedores fue hábilmente disimulada hasta casi la fecha de la declaración de quiebra a través de operaciones ficticias, cuya naturaleza sólo fue descubierta cuando las condiciones financieras de la sociedad estaban irrevocablemente comprometidas, ya que su aparente incidencia financiera en la sociedad hicieron imposible o muy difícil su percepción a tiempo por los terceros acreedores”.

Resueltas esas cuestiones preliminares, el Tribunal encontró que el director había sido responsable de “actos de mala administración”, y, en particular “de haber realizado una multiplicidad de operaciones con sujetos inexistentes o complacientes, ficticiamente documentadas con facturas relativas a transacciones comerciales o bienes y servicios también inexistentes a través de los cuales se creó un flujo de liquidez de entrada y salida que no correspondía a la realidad, del que derivó un daño ingente a la sociedad y a sus acreedores”.

Todas esas operaciones falsas, por supuesto, (y el monto por que que afectaron el patrimonio social) fueron detectadas por los peritos designados por el Tribunal, lo que permitió “cuantificar el empobrecimiento del patrimonio social”.

El Tribunal determinó que el director “en violación de los deberes impuestos por la ley y el estatuto tomó las decisiones a través de las cuales y con fines contrarios al interés social, se llevó a cabo una pauperización patrimonial de la sociedad en beneficio de otras que estaban, en todo o en parte, bajo la égida del accionista Predieri”.

¿Y los miembros de la Comisión Fiscalizadora?

El síndico de la quiebra los había acusado de “inertes” y de haber contribuido al desequilibrio de la sociedad “al haberse abstenido culpablemente de ejercitar, de modo adecuado y conforme a la ley, sus deberes-poderes de control y vigilancia sobre la actividad del directorio”.

Pero el Tribunal no encontró pruebas suficientes al respecto.

Los jueces recordaron que los directores y síndicos de una sociedad fallida son solidariamente responsables frente a los acree-

dores por los actos de mala administración consistentes en “maniobras distractivas efectuadas por los directores con la inercia complaciente de la Comisión Fiscalizadora”.

“A ésta”, aclaró el Tribunal, “se le exige un esfuerzo diligente de verificar la situación social y ponerle remedio, de modo que la activación de sus facultades, de acuerdo con los deberes que le competen, *permita descubrir conductas ilícitas y reaccionar ante éstas*, de modo de impedir daños ulteriores”.

“Los síndicos, que tienen el deber esencial de vigilar el respeto a los principios de correcta administración frente a iniciativas anómalas por parte del directorio, deben llevar a cabo todos los actos necesarios para cumplir sus funciones con diligencia, corrección y buena fe, ejerciendo todos sus poderes (hasta de intervención en la administración, lo que sólo les compete en situaciones excepcionales por cierto) de pedir información y denunciar, exigibles a un órgano de control”.

“Solo un *control penetrante*, hecho de actividades informativas y evaluativas puede dar contenido concreto a la obligación de una Comisión Fiscalizadora, a la que no se le permite permanecer acriticamente sujeta y dependiente de las decisiones del directorio, cuando éstas colisionan con los deberes impuestos por la ley”, dijeron los jueces.

Y agregaron que la Comisión Fiscalizadora “no puede asistir inerte a la conducta dañosa de los directores ni puede limitarse a pedir aclaraciones al directorio: debe exigir de éste las acciones correctivas necesarias. Si no lo hace, los síndicos concurren en el ilícito civil cometido por omisión por los directores al no haber ejercido sus poderes-deberes de control que les atribuye la ley”.

El Tribunal también recordó que “con relación a la responsabilidad de los órganos sociales, establecer la inobservancia del deber de vigilancia *no requiere que se individualicen comportamientos específicos* que se opongan a ese deber, sino que es suficiente que sus integrantes no hayan notado una violación macroscópica o no hayan de alguna manera reaccionado frente a actos de dudosa legitimidad y regularidad, de modo tal de no haber desempeñado su cargo con diligencia, corrección y buena fe, señalando a la asamblea las irregularidades de la administración o denunciando los hechos a las autoridades”.

“Tampoco la renuncia de sus integrantes es idónea para eximir de responsabilidad a la Comisión Fiscalizadora cuando no ha estado acompañada de actos concretos, dirigidos a obstaculizar, poner remedio o impedir la prolongación en el tiempo de los actos ilícitos. En esos casos, la renuncia demostraría inercia y constituiría un ejemplo de sus conductas culposas, indiferentes ante la ilegalidad reiterada”.

A pesar de semejante exposición sobre la gravedad de la responsabilidad de los síndicos, el Tribunal concluyó que en el caso, “los comportamientos atribuidos a los denunciados en este caso no tuvieron la capacidad de fundar una condena contra ellos”.

“En efecto” dijo el Tribunal, con una pluma cuya oscuridad es digna de mención, “los argumentos del síndico de la quiebra aparecen como genéricos y apodícticos² en el plano de la exigibilidad de otro tipo de reacción y, sobre todo, del nexo etiológico entre la inercia y omisión achacada a los síndicos

² En la lógica aristotélica, el adjetivo “apodíctico” se refiere a proposiciones que son necesariamente ciertas o cuya certeza es concluyente, por lo que no se admite discusión al respecto. .

y el daño sufrido por los acreedores sociales”.

¿Qué quiso decir el tribunal? Palabras más, palabras menos, que la posición del administrador de la quiebra fue dogmática y que no probó que la conducta de la Comisión Fiscalizadora fuera la que dio origen a los daños sufridos por los acreedores.

“En particular, y a los efectos de un correcto juicio contrafáctico, indispensable frente a comportamientos cometidos por omisión, no puede dejarse de notar un significativo déficit asertivo acerca de los comportamientos alternativos lícitos que, de haber sido llevados a cabo por el órgano de control, habrían impedido la realización de los actos de mala administración o limitados sus efectos perjudiciales”.

El Tribunal dejó en claro que la Comisión Fiscalizadora tenía “límites restringidos a la verificación formal” de los actos del directorio, “sin que sus poderes de vigilancia pudieran extenderse hasta revisar en profundidad el mérito de las decisiones de ese órgano”.

A ello añadió que las pericias contables y los documentos revisados por los jueces “no revelaron factores particulares, de naturaleza contable o comercial, sintomáticos, de modo claro y evidente, de anomalías en las operaciones que fueran susceptibles de identificación por el órgano de control a través del empleo de la debida diligencia”.

Las facturas, por ejemplo, aun cuando en algunos casos eran por montos elevados, “tenían por objeto bienes cuya descripción coincidía con la de maquinaria cuya compra-venta estaba incluida en el objeto social”.

“El incremento del caudal de ventas parecía estar en línea con los objetivos de expansión

comercial perseguidos por el directorio”, agregó el Tribunal.

Por consiguiente, éste entendió que “las actividades de control realizadas por la Comisión Fiscalizadora resultaron sustancialmente suficientes y adecuadas, amén de estar conformes con los deberes de diligencia impuestos por la ley y el estatuto, como para poder considerar que los datos objeto de verificación eran, al menos en apariencia, veraces y no había en ellos indicios que hicieran presumir anomalías contables que luego fueron descubiertas por los organismos públicos de control (como el fisco y la aduana) dotados de instrumentos distintos y *no vinculados a un control de mera legalidad formal*”.

Los jueces tuvieron en cuenta que la Comisión Fiscalizadora, al descubrir que un adelanto recibido de un cliente (en rigor, una deuda de la sociedad) había sido contabilizado como ganancia, pidió al director la convocatoria a asamblea para reformular el balance. “Pero no se demostró que un pedido más temprano de convocatoria a asamblea hubiera modificado la situación de la sociedad. Para ese momento ya se habían efectuado pagos excesivos a favor de otras sociedades implicadas en las maniobras ilícitas, por lo que a los síndicos les fue imposible adoptar cualquier medida eficaz para impedir el daño ya ocurrido”.

El Tribunal, en consecuencia, eximió a los miembros de la Comisión Fiscalizadora de cualquier responsabilidad y obligó al director a responder por el daño causado a los acreedores de la sociedad.

¿Tiene relevancia esta sentencia en la Argentina?

La respuesta es sí. La ley italiana atribuye a la Comisión Fiscalizadora las mismas obligaciones que exige la ley argentina. En e-

fecto, dice el Código Civil italiano que ese órgano “vigila la observancia de la ley y el estatuto y el respeto a los principios de una correcta administración...”.

Y nuestra Ley General de Sociedades estipula que las atribuciones de aquel órgano incluyen “fiscalizar la administración de la sociedad [...]; vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley [y el] estatuto...”, etcétera.

Estamos en presencia de dos sistemas legales prácticamente idénticos (aunque quizás el italiano sea algo más estricto); por eso las reflexiones a que da lugar la decisión son útiles “acá y acullá”.

En el desarrollo de su opinión, el Tribunal pareció a punto de condenar a los síndicos, cuando pasó revista a sus obligaciones. Pero en un giro inesperado, sostuvo que sus actividades se debían limitar a controlar la *mera*

legalidad formal y que, en este caso, no existían pruebas suficientes para condenarlos.

Como se había cumplido con *la legalidad formal*, surge la pregunta acerca de cuál debió ser el estándar probatorio para demostrar que la Comisión Fiscalizadora incumplió sus obligaciones.

En otras palabras, una vez que la cobertura formal de los actos del directorio está cumplida, ¿no existe responsabilidad de los síndicos? ¿Existe un nivel de formalidad tal que, a partir de allí, la conducta de la Comisión Fiscalizadora queda eximida de responsabilidad? Queda planteada la cuestión, apta para el debate.

El Filosofito, que nos lee en borrador, aporta lo suyo: “Parecería que a la Comisión Fiscalizadora le conviene tener un directorio experto en picardías”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**